Sygn. akt: KIO 4617/24

WYROK

Warszawa, dnia **10 stycznia 2025 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej TOUR sp. z o.o. w Jeleniej Górze**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jeżów Sudecki w Jeżowie Sudeckim**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **R.R. prowadzącego w Mysłakowicach działalność gospodarczą pod firmą P.H.**

orzeka:

1. **uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących niewykazania przez wykonawcę R.R. prowadzącego w Mysłakowicach działalność gospodarczą pod firmą P.H. warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.4.1. lit. b) SWZ i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy R.R. prowadzącego w Mysłakowicach działalność gospodarczą pod firmą P.H., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.4.1 lit. b) SWZ**,
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Jeżów Sudecki w Jeżowie Sudeckim w części** ½oraz **wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej TOUR sp. z o.o. w Jeleniej Górze w części ½** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej TOUR sp. z o.o. w Jeleniej Górze** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.2. zasądza od **Gminy Jeżów Sudecki w Jeżowie Sudeckim** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej TOUR sp. z o.o. w Jeleniej Górze** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 4617/24

U z a s a d n i e n i e

Gmina Jeżów Sudecki w Jeżowie Sudeckim, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg gminnych w sezonach zimowych 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 oraz 2028/2029 na terenie Gminy Jeżów Sudecki.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 października 2024 r., Dz.U. S: 196/2024 nr 604408-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 9 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej TOUR sp. z o.o. w Jeleniej Górze, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie, pomimo zaistnienia podstaw faktycznych i prawnych do dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy P.H-U „Kama” niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, określonego w pkt 8.1.4. lit. b) SWZ i niewykazanie spełnienia ww. warunku
   a nadto zaniechanie zbadania dysponowania przez wykonawcę – P.H-U. „Kama” osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zatrudnionymi na podstawie umowy o prace (pkt 4.3.1. SWZ) do czynności polegających na:
   a) odśnieżaniu ulic i chodników,
   b) czynności kierowania pojazdami wymaganymi do realizacji zamówienia tj. pojazdami przystosowanymi do odśnieżania ulic i chodników,
   c) czynności przyjmowania i załatwiania reklamacji zgłaszanych przez odbiorców usług

2.art. 116 ust. 2 Pzp przez niezastosowania, pomimo zaistnienia postaw faktycznych i prawnych do stwierdzenia, ze faktyczne zaangażowania sprzętu wykonawcy P.H.U. „Kama" deklarowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i umowach na usługi odśnieżania realizowanych przez tego wykonawcę będzie miało negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia w ten sposób, że wykonawca nie będzie dysponował wymaganym przez zamawiającego zasobem osobowym (pkt 4.3.1 SWZ) oraz sprzętem w postaci pługopiaskarek do realizacji zadania usługi zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie gminy Jeżów Sudecki zgodnie z warunkami SWZ (pkt 8.1.4. lit. b) i projektem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie przedmiotu umowy i warunków realizacji umowy, w szczególności co do wymaganych standardów utrzymania dróg (§ 1 ust. 1 i ust. 2 umowy, załącznika nr 1 i nr 2 do umowy) w okresie obowiązywania umowy (§ 2 umowy),

3.art. 239 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.H.U. „Kama" jako najkorzystniejszej wg ustalonego kryterium oceny ofert, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niespełniająca postawionych w postępowaniu warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)odrzucenia oferty wykonawcy P.H.U. „Kama" i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wybory oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R.R. prowadzący w Mysłakowicach działalność gospodarczą pod firmą P.H.. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 116 Pzp stanowi, że:

1.W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2.Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg gminnych w sezonach zimowych 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 oraz 2028/2029 na terenie Gminy Jeżów Sudecki.

Kolejno ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

4. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

4.1 Ogólny opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na zimowym utrzymaniu dróg gminnych w sezonach zimowych 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 oraz 2028/2029 na terenie Gminy Jeżów Sudecki.

Przedmiot zamówienia obejmuje:

a) odśnieżanie dróg gminnych;

b) posypywanie jezdni w przypadkach występowania śliskości;

c) drogi muszą być odśnieżone i przejezdne do godz. 7:00 rano w każdym dniu tygodnia;

d) sprzątanie zanieczyszczeń poziomowych z jezdni, chodników i poboczy na zakończenie akcji zimowej;

e) likwidację skutków zimy, żywiołu śnieżnego i skutków obniżonej temperatury poprzez przejęcie na siebie obowiązku utrzymania przejezdności dróg, zmniejszenia lub ograniczenia zakłóceń ruchu drogowego wywołanego czynnikami atmosferycznymi; prowadzenie akcji zimowej w dzień i w nocy, w dni robocze i święta, w różnych warunkach atmosferycznych - opady śniegu, marznącego deszczu, zawieje, zamiecie śnieżne, niskie temperatury itp.;

f) utrzymywanie w pełnej gotowości technicznej i eksploatacyjnej środków transportowych i sprzętowych wraz z osprzętem przewidzianym do zwalczania skutków zimy;

g) sprzątanie zanieczyszczeń poziomowych z jezdni, chodników i poboczy na zakończenie akcji zimowej;

h) posiadanie dostępu do materiałów uszarstniających i soli;

i) zimowe utrzymanie dróg realizowane jest od 15 listopada do 15 kwietnia danego sezonu z możliwością przedłużenia w zależności od panujących warunków atmosferycznych.

4.2 Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w Tomie III Specyfikacji Warunków Zamówienia i załącznikach do SWZ.

4.3 Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę:

4.3.1. Na podstawie art. 95 ustawy Pzp, Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę (Podwykonawcę i dalszego podwykonawcę)) osób wykonujących czynności w zakresie:

a) czynności polegających na odśnieżaniu uli i chodników;

b) czynności kierowania pojazdami wymaganymi do realizacji zamówienia tj. pojazdami przystosowanymi do odśnieżania ulic i chodników;

c) czynności przyjmowania i załatwiania reklamacji zgłaszanych przez odbiorców usług.

4.3.2. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy lub Podwykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w pkt 4.3.1 czynności.

7. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA.

Wykonanie zamówienia realizowane będzie w sezonach zimowych 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 oraz 2028/2029, w terminach:

- od podpisania umowy do 15.04.2025 r.

- od 15.11.2025 r. do 15.04.2026 r.

- od 15.11.2026 r. do 15.04.2027 r.

- od 15.11.2027 r. do 15.04.2028 r.

- od 15.11.2028 r. do 15.04.2029 r.

z możliwością przedłużenia w zależności od panujących warunków atmosferycznych.

8. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- spełniają warunki udziału w postępowaniu,

- nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust.1 i art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

8.1. Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych

warunków.

Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

8.1.4 zdolności technicznej lub zawodowej:

1. Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca:

b) dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:

- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony – 1 sztuka, (pojazd lekki),

- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 tony do 5,0 ton – 2 sztuki, (pojazdy średnie),

- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony – 2 sztuki, (pojazdy ciężkie).

Wykonawca musi posiadać zróżnicowany tabor ze względu na ograniczenia tonażowe na drogach i mostach na terenie gminy Jeżów Sudecki oraz ich specyfikę.

10. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIA PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE).

10.2. Na wezwanie Zamawiającego (skierowanego za pośrednictwem portalu e-Zamówienia), Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany jest do złożenia w terminie ustawowym (nie krótszym niż 10 dni), aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów i oświadczeń:

10.3. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy złożyć w zakresie:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

b) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – stosownie do wymogów o których mowa w pkt. 8.1.4. pkt.2) - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ.

(por. SWZ w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty odwołującego i przystępującego.
(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).
Kolejno ustalono, że 13 listopada 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:
3. Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – stosownie do wymogów o których mowa w pkt. 8.1.4. pkt.2) - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ.
Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:
- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony – 1 sztuka, (pojazd lekki),
- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 tony do 5,0 ton – 2 sztuki, (pojazdy średnie),
- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony – 2 sztuki, (pojazdy ciężkie).
Wykonawca musi posiadać zróżnicowany tabor ze względu na ograniczenia tonażowe na drogach i mostach na terenie gminy Jeżów Sudecki oraz ich specyfikę.
(por. ww. wezwanie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył wykaz sprzętu. W wykazie przystępujący oświadczył:
Przedkładam poniższy wykaz dla celów potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym:

Lp	*Opis – nazwa sprzętu (pojazdów)*	*Ilość sztuk pojazdów (należy podać liczbę pojazdów oraz ich numery rejestracyjne)*	*Marka, typ, model pojazdu*	*Informacja o podstawie dysponowania wskazanymi zasobami*
1	*Pługopiaskarka o Dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony*	*DJE6L91*	*Multicar M26*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*

2	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 do 5 ton*	*DJ9211*	*Mercedes UNIMOG U90*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*
3	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 do 5 ton*	*DJEER80*	*Mercedes UNIMOG U90*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*
4	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony*	*DJE48U5*	*MAN LE 18.285*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*
5	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony*	*DJEFM53*	*Renault Kerax*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*

(por. ww. wykaz sprzętu przystępującego wraz z ww. dowodami, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że 28 listopada 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

(por. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w aktach sprawy)

Odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty dotyczące niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.4.1 lit. b) SWZ.

Zgodnie z ww. warunkiem udziału w postępowaniu zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali *wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:*

- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony – 1 sztuka, (pojazd lekki),

- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 tony do 5,0 ton – 2 sztuki, (pojazdy średnie),

- pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony – 2 sztuki, (pojazdy ciężkie).

Celem wykazania ww. warunku przystępujący złożył wykaz, w którym wymienił:

Lp	*Opis – nazwa sprzętu (pojazdów)*	*Ilość sztuk pojazdów (należy podać liczbę pojazdów oraz ich numery rejestracyjne)*	*Marka, typ, model pojazdu*	*Informacja o podstawie dysponowania wskazanymi zasobami*
1	*Pługopiaskarka o Dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony*	*DJE6L91*	*Multicar M26*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*
2	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 do 5 ton*	*DJ9211*	*Mercedes UNIMOG U90*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*
3	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 do 5 ton*	*DJEER80*	*Mercedes UNIMOG U90*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*

4	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony*	*DJE48U5*	*MAN LE 18.285*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*
5	*Pługopiaskarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 7,5 tony*	*DJEFM53*	*Renault Kerax*	*1) sprzęt będący w dyspozycji Wykonawcy – należy podać podstawę dysponowania (np. własność, leasing, itp.)* własność*

Nie można było zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego wyrażonym w jego piśmie procesowym, jakoby warunek z pkt 8.1.4.1. lit. b) SWZ nie odnosił się do obowiązku zaangażowania sprzętu wymienionego w tym wykazie w akcję zimowego utrzymania dróg a jedynie służył wyłącznie formalnemu potwierdzeniu potencjału wykonawcy. Przeczyła temu choćby literalna treść samego warunku udziału w postępowaniu, w którym zamawiający przesądził, że wykazywane wyposażenie *ma służyć w celu wykonania zamówienia publicznego*. Również w pkt 10.3.4 lit. b) SWZ zamawiający sprecyzował, że wykaz wyposażenia składany przez wykonawcę w postępowaniu nie ma być jakimś abstrakcyjnym zestawieniem sprzętu, lecz wykazem narzędzi, wyposażenia i urządzeń dostępnych mu „*w celu wykonania zamówienia*". Powyższe oznaczało, że wolą i wymogiem zamawiającego było, aby wykazywane przez wykonawcę pługopiaskarki były używane w trakcie realizacji zamawianej usługi, jaką było zimowe utrzymanie dróg gminnych w sezonach zimowych 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, 2027/2028 oraz 2028/2029 na terenie Gminy Jeżów Sudecki.

Przystępujący wprawdzie formalnie wykazał, że dysponuje pługopiaskarkami opisanymi przez siebie w wykazie. Jednakże uszło uwadze zamawiającego, że zgodnie z art. 116 ust. 2 Pzp, *Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

Odwołujący dowodami załączonymi do odwołania wykazał, że trzy spośród pięciu wykazanych przez przystępującego pługopiaskarek są już zaangażowane przez tego wykonawcę w inne jego przedsięwzięcia gospodarcze w taki sposób, że może mieć to negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Izba stwierdziła, że pługopiaskarka z pozycji nr 1 wykazu została już zaangażowana przez przystępującego celem realizacji umowy nr ZP.272.17.II.2024 z 15 listopada 2024 r. zawartej przez tego wykonawcę z gminą Mysłakowice na zimowe utrzymanie powiatowej infrastruktury drogowej na terenie gminy Mysłakowice. Powyższe wynikało z wykazu sprzętu złożonego przez przystępującego oraz ww. umowy (por. dowody: załączniki nr 2 i nr 3 do odwołania).

Jak słusznie wskazał odwołujący, zgodnie z zawartą umową nr ZP.272.17.II.2024 z 15 listopada 2024 r. przystępujący zobowiązany jest do realizowania usługi zimowego utrzymania powiatowej infrastruktury drogowej od 15 listopada 2024 r. do 15 maja 2025 r. zapewniając całodobową gotowość 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, w tym dni robocze i święta (OPZ pkt 1), z czasem reakcji do 30 minut od wystąpienia opadów śniegu, marznącego deszczu lub śliskości drogowej, oraz analogicznie przewidzianym czasie reakcji (do 30 minut) od otrzymania informacji od zamawiającego o konieczności podjęcia działania (§ 2 ust. 2 i 3 umowy). Nadto w przypadku wystąpienia opadów ciągłych i długotrwałych wykonawca zobowiązał się do zapewnienia utrzymania dróg powiatowych w sposób trwały, co oznacza obowiązek wyjeżdżania pługopiaskarką powierzone odcinki dróg kilkukrotnie w ciągu doby (§ 2 ust. 11 umowy – załącznik nr 3 do odwołania).

Przystępujący w swym piśmie procesowym wskazywał wprawdzie, że umowa z gminą Mysłakowice nie zawiera zapisów co do dedykowania do świadczenia usługi konkretnych jednostek sprzętowych. Jednakże stanowisko to nie zasługiwało na uwzględnienie. Jak wynikało z wykazu sprzętu składanego w tamtym postępowaniu, w wykazie należało wskazać sprzęt, którym wykonawca „*dysponuje do realizacji i rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia" (*por. dowód - załącznik nr 2 do odwołania). Ponadto § 1 umowy odwoływał się do konieczności jej wykonania zgodnie z ofertą wykonawcy (por. dowód: załącznik nr 3 do odwołania).

Kolejno izba stwierdziła, że pługopiaskarka z pozycji 2 wykazu została już zaangażowana przez przystępującego celem realizacji umowy nr GP.272.6.9.2024 z dnia 14 listopada 2024 r. zawartej między przystępującym a gminą Podgórzyn na usługi zimowego utrzymania dróg gminnych na terenie gminy Podgórzyn. Powyższe wynikało z wykazu sprzętu złożonego przez przystępującego do tej umowy oraz ww. umowy (por. dowody: załączniki nr 4 i nr 5 do

odwołania).

Jak słusznie wskazał odwołujący, zgodnie z zawartą umową przystępujący zobowiązany jest do realizowania usługi zimowego utrzymania dróg w sezonie 2024/2025 i 2025/2026, w okresie od 15 października 2024 r. do 30 kwietnia 2025 r. i od 15 października 2025 r. do 30 kwietnia 2026 r. (§ 2 ust. 1 umowy). Przystępujący ma obowiązek zapewnić odśnieżanie i posypywanie ulic, dróg, zatok, mijanek i placów przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, w tym dni robocze i święta i dodatkowo na każde wezwanie zamawiającego (§ 1 umowy).

Przystępujący w swym piśmie procesowym wskazywał wprawdzie, że w trakcie realizacji umowy zawartej z gminą Podgórzyn może zmienić sprzęt. Jednakże jak wynikało z § 7 ust. 2 lit. g) ww. umowy (dowód: załącznik nr 5 do dowołania) obowiązkiem wykonawcy było przedstawienie w terminie 5 dni od podpisania umowy listy deklarowanego sprzętu z podaniem nr rejestracyjnych. Przystępujący taki wykaz złożył (por. załącznik nr 4 do odwołania) i zadeklarował w nim do wykonania zamówienia tę samą pługopiaskarkę, którą wskazał w pozycji nr 2 wykazu złożonego w niniejszym postępowaniu.

Kolejno Izba stwierdziła, że pługopiaskarka z pozycji 5 wykazu została już zaangażowana przez przystępującego celem realizacji umowy zawartej między przystępującym a Powiatem Karkonoskim na zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie gminy Janowice Wielkie, w wyniku rozstrzygnięcia postępowania pod nazwą „*Zimowe utrzymanie dróg powiatowych dróg powiatowych na terenie powiatu karkonoskiego w sezonie 2024/2025*" w zakresie części II zamówienia. Powyższe wynikało z wykazu sprzętu złożonego przez przystępującego oraz zawiadomienia o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu z 25 listopada 2024 r. (por. dowody: załączniki nr 6 i nr 7 do odwołania).

Ponadto, jak słusznie wskazał odwołujący, zgodnie z pkt 5 i 6 opisu przedmiotu zamówienia i projektowanymi postanowieniami umowy w ww. postępowaniu dostępnymi na stronie internetowej przywołanej w odwołaniu https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-9a3604de-9468-40d1-bf74-1a2ef40e6705, Powiat Karkonoski wymagał od wykonawcy podjęcia działań (przystąpienie do usługi we wskazanej lokalizacji przy użyciu sprzętu dostosowanego do zimowego utrzymania dróg zgodnie z minimalnymi wymaganiami ujętymi w Opisie przedmiotu zamówienia — Załączniku Nr 5 do SWZ), natychmiast po wystąpieniu opadów śniegu lub marznącego deszczu, lub stwierdzeniu wystąpienia śliskości zimowej na drogach powiatowych, nie później jednak niż w terminie do 90 minut. Jednocześnie Wykonawca zobowiązany jest realizować usługę zimowego utrzymania dróg powiatowych w ww. terminie również po otrzymaniu od Zamawiającego informacji o konieczności podjęcia działania. Jeśli wystąpią opady ciągle lub długotrwale, czas reakcji, o którym mowa powyżej, na dane zjawisko atmosferyczne, liczony jest od momentu stwierdzenia wystąpienia tego zjawiska: Rozpoczęcie działań nie oznacza wykonania jednokrotnych czynności w zakresie zimowego utrzymania dróg. Jeśli zjawisko jest długotrwałe i ciągłe, Wykonawca w pełnym okresie jego trwania zapewnia utrzymanie powierzonych odcinków dróg powiatowych. Oznacza to, że w przypadku gdy ilość opadów śniegu lub marznącego deszczu będzie uniemożliwiać lub znacznie utrudniać poruszanie się po drodze lub będzie stwarzać niebezpieczeństwo wypadku lub kolizji na drodze, wykonawca zobowiązany będzie wyjeżdżać kilkukrotnie na daną drogę/ drogi w ciągu jednego dnia/ nocy. Droga podczas intensywnych i długotrwałych opadów musi być utrzymana w sposób gwarantujący jej przejezdność i bezpieczne poruszanie się po niej.

Przystępujący wprawdzie wskazywał w piśmie procesowym, że może zastąpić ww. pługopiaskarkę innym sprzętem. Jednakże z wykazu sprzętu złożonego przez przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Karkonoski (por. dowód – załącznik nr 6 do odwołania) wynikało, że w wykazie tym deklarowano dysponowanie pojazdami, które „*wykorzystane zostaną do wykonywania przedmiotu zamówienia w zakresie części II zamówienia*". Ponadto zgodnie z § 1 ust. 1 projektu umowy w ww. postępowaniu, wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie zgodnie ze złożoną ofertą.

Izba stwierdziła, że zamawiający mimo wszystkich przedstawionych wyżej okoliczności nie zweryfikował ww. zaangażowania wykazanego sprzętu przystępującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze i w konsekwencji przedwcześnie uznał, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący w piśmie procesowym oświadczył także, że dysponuje dodatkowym sprzętem (oznaczonym kolorem żółtym w tabeli znajdującej się w piśmie), który spełnia parametry techniczne. Przystępujący zadeklarował, że ten dodatkowy sprzęt nie jest nigdzie zaangażowany i może być wykorzystany w trakcie realizacji umowy zawartej z zamawiającym. Izba nie wzięła pod uwagę przy wyrokowaniu tej argumentacji przystępującego ani dowodów składanych na jej poparcie, jak również dowodów przeciwnych odwołującego załączonych do pisma procesowego z 7 stycznia 2025 r. Podkreślenia wymagało, że wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu odbywa się w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym. W szczególności wykazanie warunku udziału w

postępowaniu nie odbywa się na etapie postępowania odwoławczego przed izbą. Złożenie wykazu dodatkowego sprzętu dopiero w piśmie procesowym należało uznać za próbę wykazania spełniania warunku dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Tymczasem oświadczenia i dokumenty celem wykazania warunku powinny zostać złożone zamawiającemu i przez niego ocenione. Dostrzeżenia wymagało, że Izba nie zastępuje zamawiającego, jego komisji przetargowej ani kierownika i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba, zgodnie z art. 513 ustawy Pzp, rozpoznaje odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceniając ich zgodność z prawem w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. W tej sytuacji nowy, dodatkowy wykaz sprzętu w sposób oczywisty był nieprzydatny do rozpoznania sprawy, skoro zmierzał do wykazania warunku, co powinno nastąpić w postępowaniu o udzielenie zamówienia i tam zostać ocenione przez zamawiającego. Wykonawca w wykazie sprzętu złożonym zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wymienił pługopiaskarek, o których była mowa w jego piśmie procesowym. W konsekwencji sprzęt ten nie mógł został wzięty pod uwagę przez zamawiającego przy podejmowaniu czynności zamawiającego zaskarżonej niniejszym odwołaniem.

Reasumując izba stwierdziła, że odwołujący trafnie zarzucił, że trzy z pięciu pługopiaskarek wskazanych przez przystępującego celem wykazania warunku opisanego w SWZ zostało już zaangażowane przez niego w inne przedsięwzięcia w taki sposób, że może mieć to negatywny wpływ na realizację tego zamówienia. Podkreślenia wymagała bowiem specyfika tego zamówienia. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy w tym postępowaniu, wykonawca zobowiązany jest do zimowego utrzymania dróg od 15 listopada do 15 kwietnia danego sezonu z możliwością przedłużenia w zależności od panujących warunków atmosferycznych. Ponadto w OPZ zamawiający przewidział, że drogi muszą być odśnieżone i przejezdne do godz. 7:00 rano w każdym dniu tygodnia (por. pkt 1 OPZ, § 1 ust. 1 projektu umowy). Z kolei wykaz dróg oraz wymagany standard utrzymania dróg określony został w załączniku nr 1 i nr 2 do umowy i wynikało z nich, że zimowe utrzymanie dróg (jezdni i poboczy, skrzyżowań, przystanków autobusowych i innych miejsc wyznaczonych przez zarząd dróg) dotyczy ilości 51,68 km.

Jednakże, izba uznała, że odwołujący w tej sytuacji przedwcześnie zarzucił, iż oferta przystępującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b SWZ w zw. z art. 116 ust. 2 Pzp, to jest z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.* Jak wynika wprost z powołanego przepisu, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku obowiązkiem zamawiającego jest wykonanie procedury uzupełniającej z art. 128 ust. 1 Pzp i w jej ramach wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. W analizowanej sprawie, co nie było sporne między stronami, zamawiający nie wykonywał jeszcze takiej procedury względem przystępującego.

Wobec powyższego izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.4.1 lit. b SWZ w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, zgodnie z pkt 1 sentencji.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 116 ust. 2 Pzp w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niewykazania wystarczającego potencjału osobowego.

Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający nie sformował w tym postępowaniu warunku udziału dotyczącego dysponowania przez wykonawcę minimalnym personelem osobowym celem wykonania zamówienia. Powyższe wynikało jednoznacznie z pkt 8.1 SWZ, w którym próżno było szukać takiego warunku.

Odwołujący nie dostrzegł także, że oba wskazywane przez niego jako naruszone przepisy Pzp, to jest art. 116 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu formułowanych przez zamawiającego w SWZ. Skoro zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, to wykonawcy na etapie ofertowania nie mieli obowiązku wykazywać, że dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W efekcie brak było podstaw aby na etapie badania ofert oceniać, czy zaangażowanie tego potencjału osobowego w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Owszem zamawiający określił w pkt 4.3.1 SWZ wymóg o treści: *Na podstawie art. 95 ustawy Pzp, Zamawiający*

wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę (Podwykonawcę i dalszego podwykonawcę) osób wykonujących czynności w zakresie:
a) czynności polegających na odśnieżaniu uli i chodników;
b) czynności kierowania pojazdami wymaganymi do realizacji zamówienia tj. pojazdami przystosowanymi do odśnieżania ulic i chodników;
c) czynności przyjmowania i załatwiania reklamacji zgłaszanych przez odbiorców usług.

Jednakże uszło uwadze odwołującego, że spełnienie tego wymogu zamawiający będzie mógł badać dopiero na etapie podpisania umowy. Powyższe wynikało wyraźnie z postanowienia pkt 4.3.2. SWZ, w którym zamawiający wskazał, iż *W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy lub Podwykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w pkt 4.3.1 czynności.* Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że odwołanie w ww. zakresie okazało się niezasadne.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenia Izby, o których mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający przedwcześnie wybrał ofertę przystępującego, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spornego warunku udziału w postępowaniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.4.1 lit. b) SWZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014,*

wydanie VI.

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie 18.600 zł).

Odwołanie okazało się zasadne w połowie. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania i 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600 x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 zł – 9.300 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……